

WYROK
z dnia 12 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego M. Sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy Zdroju;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Stary Sącz z siedzibą w Starym Sączu;**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MUR-BET A. D. i wspólnicy Sp. j., MUR-BET A. D. z siedzibą lidera w Gródku nad Dunajcem** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego M. Sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy Zdroju**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego M. Sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy Zdroju** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego M. Sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy Zdroju** na rzecz zamawiającego: **Gminy Stary Sącz z siedzibą w Starym Sączu** kwotę 284 zł 11 gr (słownie: dwieście osiemdziesiąt cztery złote jednaście groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Stary Sącz z siedzibą w Starym Sączu - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa kanalizacji sanitarnej w Moszczenicy Niżnej w ramach zadania: Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Stary Sącz”; znak postępowania: ZP.271.1.25.2019 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

W dniu 12 sierpnia 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 154-378877.

W dniu 28 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego M. Sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy Zdroju** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) – dalej „ustawa Pzp”, wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum: MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. i MUR-BET A. D. (dalej „Konsorcjum MUR-BET”) w postępowaniu, a także na będące skutkami zaniechania tej czynności wybór oferty Konsorcjum MUR-BET oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na skutek ww. zachowania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MUR-BET pomimo, iż wadium wniesione zostało w sposób nieprawidłowy - w treści gwarancji bankowej nr KLG61669IN19 wystawionej przez ING Bank Śląski S.A. dnia 11 września 2019 r. jako oferenta zamierzającego przystąpić do przetargu, a także wykonawcę wskazano wyłącznie spółkę MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Konsorcjum MUR-BET z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy; dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej; obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa przez pełnomocnika według norm przepisanych.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący przywoływał postanowienia Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) - Rozdział IX, pkt 9.1., który określał wysokość, a także termin oraz formę wnoszenia wadium - wymagana wysokość wadium wynosiła 100.000,00 zł. W okolicznościach niniejszej sprawy o udzielenie zamówienia ubiegali się wspólnie wykonawcy: spółka MUR-BET A.D. i Wspólnicy Sp. j., jako lider konsorcjum oraz MUR- BET A. D. jako partner, umocowując - na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 września 2019 r. - spółkę MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do podpisania umowy. Oferta Konsorcjum MUR- BET uznana została za najkorzystniejszą.

Konsorcjum MUR-BET do złożonej oferty załączyło gwarancję bankową nr KLG61669IN19 wystawioną przez ING Bank Śląski S.A. dnia 11 września 2019 r., dalej zwaną „gwarancją wadialną”. Istota sporu w niniejszej sprawie dotyczy prawidłowości wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej w przypadku, gdy o zamówienie ubiega się wspólnie dwóch wykonawców działających w ramach tzw. konsorcjum i kwestii, czy w takiej sytuacji do skutecznego wniesienia wadium konieczne jest wskazanie w treści gwarancji bankowej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W treści gwarancji wadialnej stanowiącej przedmiot niniejszej sprawy jako oferenta zamierzającego przystąpić do przetargu, a także wykonawcę wskazano wyłącznie spółkę MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j., co zdaniem odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy (opisanych szczegółowo w kolejnych punktach uzasadnienia odwołania) skutkuje tym, iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji oferta Konsorcjum MUR-BET podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zwracał uwagę, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych na przestrzeni kilkunastu lat można dostrzec przeciwstawne stanowiska dotyczące skuteczności wniesienia przez konsorcjum gwarancji wadialnej, w której treści nie zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum, tj. wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, lecz jedynie jeden z członków konsorcjum. Kwestia stanowiąca istotę sporu zaistniałego w niniejszej sprawie była również przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17. Sąd Najwyższy rozstrzygając spór w przedmiocie wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podkreślił, że wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające jedynie wówczas, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W sytuacji, w której wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej (jak w przypadku

okoliczności sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego), o przesłankach realizacji decyduje treść gwarancji. Zgodnie natomiast z zasadą swobody umów przesłanki powstania zobowiązania gwaranta mogą zostać ukształtowane w różny sposób. Decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c. W powołanym wyroku Sąd Najwyższy zaakcentował również, że w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie winna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” o którym mowa zarówno w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że w powołanym wyroku Sąd Najwyższy nie przesądził ani o prawidłowości, ani o wadliwości wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, w treści której wskazany został jedynie jeden z członków konsorcjum, lecz uznał, iż przedmiotowa okoliczność winna być rozstrzygana ad casum, w każdym konkretnym przypadku poprzez całościowe badanie treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 k.c. Wniesienie wadium można natomiast uznać za prawidłowe tylko wówczas, jeżeli gwarancja daje zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się tych przesłanek - tylko wówczas wadium spełnia swoją zabezpieczającą rolę.

Kolejno odwołujący wskazywał, iż po ponownym rozpoznaniu sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, po uwzględnieniu wytycznych zawartych w w/w wyroku Sądu Najwyższego, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18 uznał, iż w okolicznościach sprawy wadium wniesione zostało w sposób nieprawidłowy. Sąd Okręgowy dokonał wnikliwej oceny treści gwarancji, wskazując, że skoro wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to musiała ona spełniać podstawowy cel wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń zamawiającego. W okolicznościach sprawy stanowiących podstawę wydania w/w wyroku ofertę w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców, którzy wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia, zaś w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jako zleceniodawca wskazany został jedynie jeden z nich. Sąd Okręgowy wskazał, iż w sytuacji, w której o udzielenie zamówienia ubiega się wspólnie dwóch wykonawców, możliwość zaspokojenia interesów zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium „musiało obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania wykonawcy, rozumianego w tym przypadku

jako dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia lub też wyraźnie lub choćby w wystarczającym stopniu w treści gwarancji ubezpieczeniowej zrównane musiały zostać pojęcia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zleceniodawcy oraz przyczyn, za które wykonawca/ zleceniodawca odpowiada. Sąd Okręgowy wskazał także, że ani okoliczność, iż gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie, ani nawet przyjęcie, iż obowiązki obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia mają charakter solidarny nie mają znaczenia dla oceny skuteczności udzielonej przez gwaranta gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Zasadnicze znaczenie ma bowiem - przyjmowany w doktrynie i orzecznictwie - abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji, który oznacza, że ani sposób ukształtowania, ani treść stosunku prawnego podstawowego, tj. stosunku łączącego zamawiających i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, a odpowiedzialność ta jest wyznaczona samą treścią gwarancji.

Choć w stanie faktycznym sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, a kolejno Sądu Okręgowego w Gdańsku wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to jednak - jak wynika z uzasadnienia wyroku - stanowisko Sądu Najwyższego może zostać odniesione również do wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej. Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej, „należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej” i w uzasadnieniu wyroku odwoływał się do dorobku wypracowanego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe.

W dalszej części odwołania, odnosząc argumentację przedstawioną wcześniej do okoliczności niniejszej sprawy, odwołujący podnosił, że wadium zostało wniesione przez Konsorcjum MUR-BET w sposób nieprawidłowy - gwarancja wadialna nie zapewniała zamawiającemu możliwości skutecznej realizacji roszczeń, gdyż nie obejmowała działań lub zaniechań każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia, aktualizujących przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że z treści gwarancji wadialnej wynika, iż udzielona została na rzecz zamawiającego, tj. Gminy Stary Sącz jako beneficjenta gwarancji, tytułem wadium w przetargu, którego przedmiotem jest „Kanalizacja sanitarna w Moszczenicy Niższej nr ZP.271.1.25.2019”. Równocześnie w treści gwarancji wadialnej jako oferenta przystępującego do przetargu i wykonawcę wskazano jedynie spółkę MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. Jak wskazał Sąd Najwyższy w powołanym w pkt i powyżej wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17, w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie

o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny prawidłowości wniesienia wadium winna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” o którym mowa zarówno w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Przedmiotowa kwestia wymaga z kolei rozważenia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”, przy czym - jak zaakcentował Sąd Najwyższy w w/w wyroku, decydujące znaczenie ma w tej kwestii całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c.

Dalej odwołujący podnosił, że z utrwalonego orzecznictwa dotyczącego reguł wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c. wynika, że przy wykładni woli stron ujętej w pisemnej umowie sens oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu, a podstawowe znaczenie należy nadać językowym regułom znaczeniowym. Wykładnia poszczególnych wyrażeń winna być dokonywana z uwzględnieniem całego kontekstu, a także związków treściowych występujących między postanowieniami zawartymi w tekście. Nie można zatem przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, które pozostawałoby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi zawartymi w tekście umowy (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt IV CSK 558/08). W okolicznościach niniejszej sprawy treść gwarancji wadialnej w sposób precyzyjny i jednoznaczny określała, że pod pojęciem wykonawcy rozumieć należy spółkę MUR-BET A. D. i Wspólnicy Spółka jawna. Co istotne, z żadnego innego fragmentu gwarancji wadialnej nie wynikało - ani wprost ani w sposób dorozumiany - że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko podmiot dokładnie oznaczony w dokumencie gwarancji wadialnej, ale również wszystkich wykonawców, z którymi ten podmiot zdecyduje się ubiegać o udzielenie zamówienia. Treść gwarancji wadialnej nie tylko zawierała jakichkolwiek postanowień lub zwrotów, z których wynikałoby, że gwarant jest świadomy tego, że zlecający (wykonawca) działa lub może działać jako lider (lub partner). Prócz wyraźnego sprecyzowania podmiotu, któremu przysługiwał status wykonawcy, treść gwarancji wadialnej definiowała także warunki zapłaty, w tym określała, za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp gwarant ponosi odpowiedzialność. W treści gwarancji wadialnej wielokrotnie podkreślane jest przejęcie przez gwaranta odpowiedzialności za działania i zaniechania wykonawcy oraz „przyczyny leżące po jego stronie” czy „przyczyny leżące po stronie wykonawcy”. Okoliczności, za które gwarant przyjął odpowiedzialność zostały więc w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości powiązane z określonymi zachowaniami wykonawcy. Również w tym fragmencie gwarancji wadialnej brak jakichkolwiek postanowień, z których wynikałoby, że gwarant przyjął odpowiedzialność za działania i zaniechania podmiotów, które będą ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie

z wykonawcą, bądź by pojęcie „przyczyn leżących pod stronię wykonawcy” obejmowało również działania i zaniechania podmiotów, które będą ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą. Przede wszystkim bowiem w treści gwarancji wadialnej w ogóle nie została uwzględniona okoliczność, iż wykonawca działa, może lub zamierza działać wspólnie z innymi podmiotami. Treść gwarancji wadialnej nie zawierała również jakichkolwiek postanowień lub zwrotów, z których chociażby w sposób domniemany wynikałoby, że odpowiedzialność gwaranta została rozszerzona poza przyczyny leżące po stronie wykonawcy.

Zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi zawartymi w tekście stanowiącym przedmiot interpretacji, uwzględniając cały kontekst użytego zwrotu oraz związki treściowe występujące między postanowieniami. Skoro treść gwarancji wadialnej w sposób precyzyjny określała, że pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć podmiot zdefiniowany w komparycji gwarancji wadialnej (tj. spółkę MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j.), a z żadnego innego fragmentu gwarancji wadialnej nie wynikało - ani wprost, ani w sposób dorozumiany - że wykonawca działa, zamierza lub może działać jako lider (lub członek) konsorcjum, to wykładnia językowa stanowczo sprzeciwia się uznaniu, iż gwarant przyjął odpowiedzialność nie tylko za działania i zaniechania wykonawcy, ale również za działania i zaniechania innych, nieznanym sobie podmiotów, które będą wspólnie z wykonawcą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że prócz kontekstu językowego, wykładnia postanowień umowy wymaga wzięcia pod uwagę także celu umowy i zgodnego zamiaru stron. W tym zakresie, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na akcentowany w doktrynie i orzecznictwie abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji. Zakres odpowiedzialności gwaranta jest niezależny od ukształtowania oraz treści stosunku prawnego podstawowego, tj. w okolicznościach niniejszej sprawy jest zakres odpowiedzialności gwaranta jest niezależny od relacji prawnej istniejącej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji ma z kolei zasadnicze znaczenie dla określenia celu umowy gwarancji i intencji stron odnośnie osiągnięcia określonego celu - z uwagi na szeroki zakres odpowiedzialności ponoszonej przez gwaranta przejawiający się w braku możliwości formułowania zarzutów ze stosunku podstawowego, gwarant w treści dokumentu gwarancji precyzyjnie określa zarówno zakres podmiotowy gwarancji (tj. za czyje działania i zaniechania odpowiada), jak i zakres przedmiotowy (tj. za jakie działania i zaniechania odpowiada). Odpowiedzialność gwaranta nie ma bowiem charakteru nieograniczonego - gwarant ponosi odpowiedzialność wyłącznie w granicach podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, czyli w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji. W przypadku gwarancji zapłaty wadium, to właśnie

treść gwarancji wadialnej (przeanalizowana szczegółowo w lit. a powyżej) wyznacza zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta.

W sytuacji, gdy jak w niniejszej sprawie literalne brzmienie gwarancji wadialnej nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, iż gwarant przyjął odpowiedzialność za inne podmioty niż podmiot określony w treści gwarancji wadialnej oraz za inne przesłanki niż „przyczyny leżące po stronie wykonawcy”, również zgodna z celem gwarancji bankowej oraz ze standardami ukształtowanymi w praktyce bankowej, wykładnia postanowień gwarancji wadialnej prowadzi do wniosku, iż gwarant nie przyjął odpowiedzialności za działania i zaniechania innych, nieznanych sobie podmiotów, które będą wspólnie z Wykonawcą ubiegać się o udzielenie zamówienia. Dokonywanie wykładni treści gwarancji wadialnej w taki sposób skutkowałoby bowiem rozszerzeniem odpowiedzialności gwaranta poza podmiotowy oraz przedmiotowy zakres gwarancji, w sposób, na który sam gwarant (mimo iż jest stroną umowy gwarancji) nie miałby wpływu.

Dalej wskazał, że w powołanym wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17 Sąd Najwyższy wskazał również, iż przy wykładni postanowień gwarancji wadialnej pod rozwagę należy wziąć ustalone zwyczaje i praktykę. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że do udzielenia gwarancji bankowej (czy też gwarancji ubezpieczeniowej) nie dochodzi automatycznie, tj. poprzez proste złożenia wniosku o udzielenie gwarancji, a bank (bądź ubezpieczyciel) nie mają obowiązku udzielania gwarancji na zlecenie każdego podmiotu. Praktyka rynku bankowego pokazuje, że przed podjęciem decyzji o udzieleniu gwarancji, bank dokładnie bada ryzyko, z jakim związane jest takie działanie, wymagając od wnioskodawcy przedłożenia szeregu dokumentów, w tym związanych z sytuacją ekonomiczną oraz zdolnością do wykonania kontraktu przez wykonawcę, którego udział w przetargu ma zostać zabezpieczony gwarancją. Wynik szacowania ryzyka przeprowadzonego przez bank przed udzieleniem gwarancji w pierwszej kolejności wpływa na podjęcie przez bank decyzji o udzieleniu gwarancji bankowej, ale również przesądza również o tym, czy bank przed udzieleniem gwarancji bankowej zażąda od wnioskodawcy ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia, a także o wysokości wynagrodzenia, które z tytułu udzielenia gwarancji pobierze bank. Poza sporem pozostaje, iż ryzyko wstąpienia przesłanek aktualizujących zatrzymanie wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp przedstawia się odmiennie, gdy bank - gwarant przejmuje odpowiedzialność za działania i zaniechania jednego określonego podmiotu niż w sytuacji, gdy bank - gwarant przejmuje odpowiedzialność za działania i zaniechania większej ilości, bliżej nieokreślonych podmiotów. Na etapie podejmowania przez bank decyzji, czy gwarancja zostanie udzielona, a jeżeli tak, to jakie będą warunki udzielenia gwarancji, zasadnicze znaczenie ma więc okoliczność za jakie działania i zaniechania bank przejmuje odpowiedzialność, a także za czyje (tj. jakiego podmiotu) działania i zaniechania bank odpowiada. Z tego względu racjonalna i zgodna z praktyką

bankową wykładnia treści gwarancji winna prowadzić do wniosku, iż treść gwarancji odzwierciedla wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, odwołujący podkreślił, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a oraz w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp mogły zaktualizować się nie tylko na skutek działania spółki MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j., ale także na skutek działania/ zaniechania drugiego z uczestników konsorcjum - przykładowo zgodnie z pkt 7.4.4. SIWZ poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. W sytuacji, w której (tak jak w niniejszej sprawie) o udzielenie zamówienia ubiegało się wspólnie dwóch wykonawców naruszenie obowiązku wynikającego z pkt 7.4.4. SIWZ mogło być wynikiem działania/ zaniechania spółki MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. (wskazanej w treści gwarancji wadialnej), w zakresie dokumentów dotyczących tej spółki oraz drugiego z członków konsorcjum, (który nie został wskazany w treści gwarancji wadialnej), w zakresie dokumentów dotyczących tego podmiotu. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że na skuteczność gwarancji zapłaty wadium nie ma natomiast wpływu solidarny charakter obowiązków obciążających wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Okoliczność, że podmiot, za którego działania lub zaniechania przyjął odpowiedzialność gwarant jest w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie może stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji (tak: wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku Wydział XII Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII 555/18). Zasada odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma znaczenie jedynie w stosunku podstawowym, tj. na płaszczyźnie relacji między wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje jednak relacji prawnych z podmiotami trzecimi, do których należy bank udzielający gwarancji (gwarant). Okoliczność, iż spółka MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. ponosiłaby względem zamawiającego solidarną odpowiedzialność za działania i zaniechania drugiego z członków konsorcjum nie oznacza, iż odpowiedzialność gwaranta automatycznie zostaje rozszerzona na takie sytuacje - chyba że z treści gwarancji wadialnej wynikałoby, iż gwarant przyjął odpowiedzialność za takie okoliczności. Prawdliwość gwarancji wadialnej, która nie obejmuje wszystkich członków konsorcjum nie może być wywodzona także z okoliczności, iż gwarancja wadialna była bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w w/w wyroku, odwołując się do

licznego orzecznictwa i stanowiska doktryny, bezwarunkowość nie oznacza, że gwarant podnosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji. W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej) dla oceny, czy wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy znaczenie ma wyłącznie stosunek pomiędzy gwarantem a zamawiającym jako beneficjentem określony treścią gwarancji wadialnej, a przede wszystkim określony treścią gwarancji wadialnej podmiotowy i przedmiotowy zakres gwarancji.

Kolejno odwołujący podnosił, iż w praktyce zdarzają się sytuacje, gdy gwarant (ubezpieczyciel lub bank) odmawia zamawiającemu wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji wadialnej obejmującej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców. Skoro praktyka zna przypadki, w których gwarancja wadialna udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów skutkuje uchYLENIEM się przez gwaranta od wypłaty sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistniały po stronie drugiego z wykonawców działających w ramach konsorcjum oznacza to, że wadium wniesione w taki właśnie sposób nie spełnia swojej zabezpieczającej roli. Z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika bowiem, że wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 ustawy Pzp, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji i poręczeń nie może być więc w żaden sposób utrudnione. Konieczność dochodzenia roszczenia z tytułu zapłaty kwoty wynikającej z gwarancji na drodze sądowej z uwagi na wątpliwości interpretacyjne odnośnie zakresu gwarancji powoduje, iż wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej) nie spełnia swojej zasadniczej roli.

Odwołujący wskazywał również, że z ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli (tj. z art. 65 § 1 k.c.) oraz z utrwalonego orzecznictwa i doktryny wynika, że dla wykładni oświadczenia woli istotne jest także ustalenie chwili miarodajnej dla oceny stanu podlegającego wykładni, za którą uznać należy chwilę składania i odbierania oświadczeń woli. Dla wykładni treści gwarancji wadialnej istotny jest więc moment jej udzielenia. W okolicznościach niniejszej sprawy, gwarancja wadialna została udzielona przez ING Bank Śląski S.A. dnia 11 września 2019 r., zaś pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp zostało udzielone spółce MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. dnia 13 września 2019 r. Z dokumentów przedłożonych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia jednoznacznie wynika, że gwarancja wadialna została udzielona przez ING Bank Śląski S.A. wcześniej niż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum MUR-BET udzielili pełnomocnictwa liderowi - spółce MUR-BET A. D. i Wspólnicy sp. j. W dacie udzielenia gwarancji wadialnej, tj. na dzień 11 września 2019 r. spółka MUR-BET A. D. i Wspólnicy sp. j.

nie była jeszcze prawidłowo umocowana do działania w imieniu i na rzecz drugiego członka konsorcjum, co stanowi kolejną okoliczność wykluczającą rozszerzoną interpretację treści gwarancji wadialnej, a w konsekwencji wykluczającą wywodzenie z gwarancji wadialnej skutków prawnych dla obydwu członków Konsorcjum MUR-BET.

Zamawiający, w dniu 28 października 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 31 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: **MUR-BET A. D. i wspólnicy Sp. j., MUR-BET A. D. z siedzibą lidera w Gródku nad Dunajcem** zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 6 listopada 2019 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum MUR-BET, w tym treścią gwarancji bankowej z 11 września 2019 r. złożonej jako wadium w niniejszym postępowaniu, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę Konsorcjum MUR-BET, którego oferta w ocenie odwołującego winna podlegać odrzuceniu. Gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się miałby on potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, gdyż jego oferta uplasowała się na drugim miejscu w ramach ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści

SIWZ, treści oferty złożonej przez Konsorcjum MUR-BET w tym z treści gwarancji bankowej wystawionej przez ING Bank Śląski z 11 września 2019 r., stanowiącej wadium złożone przez przystępującego w niniejszym postępowaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego na okoliczności wymienione w treści pisma procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z Rozdziałem III SIWZ jest budowa kanalizacji sanitarnej w Moszczenicy Niżnej w ramach zadania: „Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na terenie gminy Stary Sącz”.

Zamawiający, w Rozdziale IX SIWZ, opisał wymagania dotyczące złożenia przez wykonawców wadium w postępowaniu, wskazując w pkt 9.1., że wymaga wniesienia wadium w wysokości: 100 000,00 zł. (sto tysięcy złotych). Zgodnie z pkt 9.2. - Termin oraz forma wnoszenia wadium, ppkt 9.2.1. Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert. 9.2.2. Wykonawca może wnieść wadium w jednej lub kilku następujących formach: a) pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy zamawiającego w prowadzony przez Bank Spółdzielczy w Starym Sączu, Nr rachunku: 39 8816 0001 2001 0000 0013 0048 z dopiskiem: „Wadium - Kanalizacja sanitarna w Moszczenicy Niżnej, nr ZP.271.1.25.2019”. Za termin wniesienia wadium uznaje się termin uznania na rachunku bankowym zamawiającego; b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; c) gwarancjach bankowych; d) gwarancjach ubezpieczeniowych; e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42 poz. 275 z późniejszymi zmianami). 9.2.3. Wadium w formie innej niż pieniężna wykonawca wnosi wraz z ofertą w formie elektronicznego oryginału dokumentu wadialnego tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia tj. wystawcę dokumentu. 9.2.4. Wadium (złożenie, zwrot, zatrzymanie) realizowane będzie wg zasad określonych w ustawie.

W Rozdziale 15 SIWZ - Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w pkt 15.2. przewidziano, iż w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca, którego ofertę wybrano, jako najkorzystniejszą przed podpisaniem umowy składa: 15.2.1. Pełnomocnictwo, jeżeli umowę podpisuje pełnomocnik. 15.2.2. Umowę regulującą współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeżeli oferta tych wykonawców zostanie wybrana.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia ubiegali się m.in. wykonawcy wspólnie składający ofertę: MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. (wskazany jako lider konsorcjum) oraz MUR-BET A. D. jako partner. Umocowanie dla lidera konsorcjum wynikało z udzielonego pełnomocnictwa z dnia 13 września 2019 r., na mocy którego spółka MUR-BET A. D. i Wspólnicy Sp. j. została upoważniona do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do podpisania umowy.

Konsorcjum MUR-BET do złożonej oferty załączyło gwarancję bankową nr KLG61669IN19 wystawioną przez ING Bank Śląski S.A. dnia 11 września 2019 r. W treści przywołanej gwarancji wadialnej stwierdzono: „Zostaliśmy poinformowani, że nasz klient - MUR-BET A. D. i Wspólnicy Spółka jawna, Gródek nad Dunajcem 99, 33-318 Gródek nad Dunajcem, zwany dalej „wykonawcą”, zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest „Kanalizacja sanitarna w Moszczenicy Niżnej nr ZP.271.1.25.2019”. Wiadomo nam także, iż warunki przetargowe przewidują, że wadium w wysokości PLN 100 000,00 może zostać wniesione w formie gwarancji bankowej. Dalej znajduje się deklaracja, że wystawiający gwarancję „niniejszym zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo i bezzwłocznie zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 100 000,00 na pierwsze pisemne żądanie”. W dalszej treści wymieniono okoliczności, które upoważniały zamawiającego do żądania wypłaty tj. (1) oferta wykonawcy została wybrana, lecz (a) wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub (b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub (c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; lub (2) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Warunki wypłaty zostały określone w następujący sposób: „Państwa pisemne żądanie zapłaty powinno być przesłane do nas na adres ING Bank Śląski S.A., ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, celem potwierdzenia, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”. W dokumencie wadialnym określono termin obowiązywania gwarancji od dnia 2019-09-16 do dnia 2019-11-13.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w dniu 18 października 2019 r., dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum MUR-BET.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą zarzutu odwołania i istotą sporu w niniejszej sprawie jest fakt, że w treści dokumentu gwarancji wadialnej jako klient wymieniony jest jeden wykonawca tj. MUR-BET A. D. i wspólnicy Sp. jawna, co w ocenie odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy skutkuje tym, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący wskazywał, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych występuje rozbieżność poglądów, co do skuteczności wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej, wystawionej na zlecenie jednego z uczestników konsorcjum. Przytaczał również treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. o sygnaturze akt: IV CSK 86/17, dotyczący wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej tylko i wyłącznie na lidera konsorcjum przyznając, że w swoim orzeczeniu Sąd Najwyższy nie przesądził, co do zasady, czy jako prawidłowe należy uznać wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej w treści której wskazano tylko jeden podmiot, ale wskazał, iż decyduje treść gwarancji wystawionej w konkretnych okolicznościach, która to treść może być przecież ukształtowana różnie. W swoim orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził, między innymi, że jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia "z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp). Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie "z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem "z przyczyn, za które odpowiada".

Następnie w swoim wyroku SN wskazuje, że odpowiedź pozytywna na to pytanie pozwalałaby uznać taką gwarancję za prawidłową i skuteczną (z zastrzeżeniem odmiennych postanowień SIWZ). Co do ewentualnych skutków niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie

liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, Sąd Najwyższy uznał, że mogłoby to wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałoby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Dla oceny formułowanego przez odwołującego zarzutu kluczowe znaczenie ma zatem treść gwarancji wadialnej, ustalona przez gwaranta na wniosek wykonawcy, z której należy wnioskować, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 o skutkach prawnych złożonego w tej formie, zabezpieczenia oferty. Niesporne w omawianym stanie faktycznym jest, że w treści gwarancji wadialnej, jako klient wymieniony został jeden, spośród dwóch ubiegających się o udzielenie zamówienia, wykonawca. W świetle treści dokumentu niesporne jest także określenie przedmiotu zamówienia, kwota wadium oraz przesłanki nieodwołalnej, bezwarunkowej i bezzwłocznej zapłaty kwoty wadium na rzecz beneficjenta (zamawiającego) na pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie. Wskazane przesłanki zapłaty odpowiadają w całości wymienionym w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, mimo nie powołania wprost tego przepisu, wobec zacytowania w całości postanowień wskazanych artykułów ustawy Pzp.

Odnosząc się do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Najwyższego zauważenia wymaga również, że zamawiający w SIWZ nie przesądził, że w przypadku gdy o zamówienie publiczne będzie się ubiegało kilku wykonawców, wspólnie składających ofertę, wadium składane przez nich w postaci: poręczeń bankowych, poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych czy poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42 poz. 275 ze zm.) winno spełniać dodatkowe, szczególne wymagania. Oznacza to, że w tej kwestii zamawiający pozostawił swobodę wykonawcom. W szczególności w SIWZ nie określono, że w dokumentach tych konieczne jest wymienienie wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Jednocześnie, wobec braku szczególnych uregulowań w SIWZ w tym zakresie, do czego zamawiający jest uprawniony wobec treści art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, również przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają wymagań, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby w treści zabezpieczenia jakim jest wadium składane w innej formie niż pieniężna, były wymienione wszystkie podmioty tworzące konsorcjum. Zamawiający takich szczególnych wymogów nie ustanowił, jednocześnie dopuszczając możliwość składania ofert przez kilku wykonawców (Rozdział XV SIWZ).

Skład orzekający zwraca uwagę, że dokonując oceny prawidłowości dokumentu w postaci gwarancji, kluczowe jest dokonanie oceny czy spełnia on swoją podstawową funkcję, a zatem czy daje możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanek

wskazanych w treści dokumentu, a wynikających z przepisów ustawy Pzp. W omawianym przypadku z treści gwarancji wynika, że klientem banku jest jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący z faktu, że drugi wykonawca nie został wymieniony wprost w treści dokumentu wywodzi, że przez wykonawcę rozumieć należy tylko ten podmiot, co w konsekwencji wyklucza możliwość, że okoliczności występujące po stronie drugiego z członków konsorcjum również są objęte gwarancją. W ocenie Izby tylko z faktu, że klientem banku jest jeden z podmiotów i nazwano go w treści gwarancji wykonawcą, nie można wywodzić wniosku, że wyłącza to sytuacje kiedy podmiot ten, działając w imieniu konsorcjum, pozyskuje dokument w postaci gwarancji wadialnej w imieniu innych wykonawców.

W zakresie możliwości zaspokojenia się zamawiającego z omawianej gwarancji wadialnej stwierdzić należy, że wskazanie w niej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dyskwalifikuje gwarancji i możliwości zaspokojenia się z niej przez zamawiającego w przypadku zaistnienia którejkolwiek z sytuacji, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w tych przepisach, odnoszą się do wykonawcy. Jednak, co wymaga podkreślenia, w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do tych wykonawców (tak też m.in. w wyroku z dnia 4 listopada 2014 r., KIO 2182/14).

Odwołujący zwrócił również uwagę, że pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum zostało wystawione w dacie późniejszej, niż została wystawiona gwarancja bankowa, z czego wywodził wniosek, że bank nie miał świadomości, że o udzielenie zamówienia publicznego będzie się ubiegało dwóch wykonawców występujących wspólnie. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, który wskazywał, że pełnomocnictwo z dnia 13 września 2019 r. jest pełnomocnictwem wynikającym z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne, mają obowiązek wskazać spośród siebie ten podmiot, który będzie ich reprezentował w postępowaniu lub reprezentował w postępowaniu i zawrze w ich imieniu umowę. Jest to zatem pełnomocnictwo, upoważniające dany podmiot w postępowaniu i adresowane do zamawiającego. Wynika to także wprost z treści załączonego do oferty Konsorcjum MUR-BET pełnomocnictwa. Nie ma jednak powodów, aby przyjmować, że jego udzielenie po zawarciu umowy gwarancji miało wykluczać, że lider był wobec banku odpowiednio umocowany do reprezentowania konsorcjum. Umocowanie takie może wynikać z odrębnego pełnomocnictwa lub z umowy, jeśli taka zostaje zawarta. W omawianej sprawie zamawiający w SIWZ wymagał, aby przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie przedłożyli taką umowę. Przystępujący, w załączeniu do pisma procesowego, załączył przedmiotową umowę, zawartą 1 września 2019 r. a zatem przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, a także z datą wcześniejszą niż wystawiona została gwarancja

przez bank ING Bank Śląski S.A. W treści tego dokumentu, w §4 określono obowiązki obu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w tym w ust. 1 na lidera konsorcjum nałożono obowiązek przygotowania dokumentacji koniecznej do złożenia oferty, w szczególności uzyskania gwarancji bankowej na potrzeby wadium. Ze zobowiązania wynika zatem, że to lider konsorcjum miał pozyskać, celem złożenia oferty, gwarancję bankową stanowiącą zabezpieczenie z tytułu wadium (wskazany jako klient banku). W ust. 5 umowy konsorcjum wskazano również kto ponosi koszty uzyskania gwarancji wadialnej, dzieląc je proporcjonalnie pomiędzy członków konsorcjum. Zapisy przywoływanej umowy konsorcjum potwierdzają zatem, że w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia to zadaniem lidera konsorcjum było pozyskanie gwarancji bankowej stanowiącej zabezpieczenie oferty wadium. Z kolei treść i data pełnomocnictwa załączonego do oferty (z 13 września 2019 r.) w żaden sposób nie wyklucza tego, że w chwili zawierania umowy gwarancji bankowej tj. w dniu 11 września 2019 r. lider był prawidłowo umocowany wobec banku do działania w imieniu konsorcjum i tym samym działanie lidera zmierzało do pozyskania zabezpieczenia oferty składanej wspólnie przez oba podmioty.

Odnosząc się natomiast do argumentacji, iż w praktyce zdarzają się sytuacje, gdy gwarant (ubezpieczyciel lub bank) odmawia zamawiającemu wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji wadialnej obejmującej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców Izba wskazuje, że odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Wieloletnia praktyka na rynku ubezpieczeniowym i bankowym, na którym wystawcy gwarancji przyjmują powszechnie, że w przypadku, gdy gwarancja zapłaty wadium zostaje wystawiona na zlecenie jednego członka konsorcjum, a oferta jest złożona przez konsorcjum, którego jest on członkiem, to gwarancja taka zabezpiecza ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców działających na zasadzie art. 23 ustawy Pzp (a takie sytuacje przecież często występują) przeczy twierdzeniom odwołującego. Składowi orzekającemu nie jest znany przypadek, by w analogicznej sytuacji, w razie ziszczenia się przesłanki wypłaty beneficjentowi, spotkał się on z odmową zapłaty z tego powodu, iż w treści gwarancji widnieje jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o dane zamówienie. Domniemanie takiej potencjalnej odmowy rzeczywiście spotyka się niekiedy w orzecznictwie i piśmiennictwie, ale nie w praktyce rynku ubezpieczeniowego czy bankowego.

Izba zauważa również, że nietrafiona jest argumentacja odwołującego o wadliwość wystawionego dokumentu gwarancji wadialnej z tego powodu, że do udzielenia gwarancji bankowej (czy też gwarancji ubezpieczeniowej) nie dochodzi automatycznie, tj. poprzez złożenie wniosku o udzielenie gwarancji, a bank (bądź ubezpieczyciel) nie mają obowiązku udzielania gwarancji na zlecenie każdego podmiotu. Ponownie powoływał się w tym zakresie

na praktykę rynku bankowego, która pokazuje, że przed podjęciem decyzji o udzieleniu gwarancji, bank dokładnie bada ryzyko, z jakim związane jest takie działanie, wymagając od wnioskodawcy przedłożenia szeregu dokumentów, w tym związanych z sytuacją ekonomiczną oraz zdolnością do wykonania kontraktu przez wykonawcę, którego udział w przetargu ma zostać zabezpieczony gwarancją. Ma to, w jego ocenie wpływ po pierwsze na podejmowane przez bank decyzje o udzieleniu gwarancji bankowej, ale również przesądza o tym, czy bank przed udzieleniem gwarancji bankowej zażąda od wnioskodawcy ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia, a także o wysokości wynagrodzenia, które z tytułu udzielenia gwarancji pobierze bank. Izba, w tym zakresie zauważa, że okoliczność ta nie ma wpływu na kwestię skuteczności udzielonego zabezpieczenia i możliwość zaspokojenia się zamawiającego, w sytuacji ziszczenia się okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, przystępujący, również powołując się na praktykę bankową twierdził, że wystawienie gwarancji wadialnej nie było poprzedzone żadną procedurą. Bank, podejmując decyzję o udzieleniu gwarancji, bierze pod uwagę jedynie wysokość otwartej linii kredytowej, którą ma każdy z wykonawców. Potwierdzeniem tego jest fakt, że ING Bank Śląski, w związku z wątpliwościami odwołującego, wystawił w dniu 31 października 2019 r. aneks nr 1 do gwarancji wadialnej, w treści którego wymieniony został zarówno lider, jak też partner konsorcjum. Świadczy to o tym, że ryzyko wystawienia przedmiotowego dokumentu było przedmiotem analizy banku - gwaranta.

W konkluzji stwierdzić należy, że wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego będącego beneficjentem gwarancji, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę - a fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu wykonawcy powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z dwóch wspólnie ubiegających się o zamówienie podmiotów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, bank zobowiązany będzie do wypłaty kwoty zabezpieczenia uwidocznionej w dokumencie gwarancyjnym. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (art. 23 ustawy Pzp).

Tym samym należało stwierdzić, że zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu zasadnie uznając, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została skutecznie zabezpieczona wadium wniesionym w imieniu wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, na kwotę i na warunkach opisanych w SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: